

# Whistleblowing 2.0

## Neukonzeption der Meldewege bei Renaissance des Ombudsmannmodells?

Von Dr. André Große Vorholt und Dr. Andreas Dürr, M.Jur. (Oxford)

### Perspektive von Ombudsmannsystemen

Ombudsmannsysteme werden durch Unternehmen seit vielen Jahren als Teil ihrer Compiencesysteme genutzt. Unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung als internes oder externes System, als unabhängige Meldestelle oder nach Mandatsmodell: Sie haben sich im Prinzip bewährt und leisten einen wichtigen Beitrag zur Einhaltung der (gegebenenfalls straf- oder bußgeldbewehrten) Aufsichtspflichten der jeweiligen Delegationsgeber in Unternehmen. Ihre Bedeutung dürfte in Zukunft weiter steigen – dies gilt vermutlich insbesondere für externe Stellen, die aus Sicht der Datenschutzkonferenz im Vergleich mit internen Lösungen als weniger missbrauchsanfällig eingeschätzt werden (vgl. Orientierungshilfe der Datenschutzaufsichtsbehörden zu Whistleblowing-Hotlines vom 14.11.2018, S. 13).

### Einheitlicher Rechtsrahmen durch EU-Richtlinie

Am 16.04.2019 hat das Europäische Parlament die sogenannte Whistleblowing-Richtlinie beschlossen. Mit deren Umsetzung würde in Deutschland nach zahlreichen gescheiterten Versuchen oder bislang lediglich fragmentarischen Regelungen zum ersten Mal ein umfassender Rechtsrahmen für das Phänomen Whistleblowing geschaffen. Da der Beschluss noch in der Legislaturperiode 2014 bis 2019 gefasst wurde, bedarf es wegen des

Grundsatzes der sachlichen Diskontinuität allerdings noch einer erneuten Beschlussfassung des Europäischen Parlaments sowie der Zustimmung des Rats der Europäischen Union.

Einer der umstrittensten Punkte in der rechtspolitischen Diskussion betraf das Verhältnis der verschiedenen Meldewege, die ein Hinweisgeber beschreiben kann. In diesem Punkt nahm das Europäische Parlament fundamentale Änderungen gegenüber dem Kommissionsentwurf vor. Die praktischen Auswirkungen dürften gleichwohl überschaubar sein.

### Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Meldungen

Nach der Richtlinie werden erstmals klare Voraussetzungen statuiert, unter denen ein Hinweisgeber Rechtsverstöße in zulässiger Weise melden darf. Diese ergeben sich mittelbar daraus, dass er nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie dann „Anspruch auf Schutz“ hat, sofern er hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die gemeldeten Informationen zum Zeitpunkt der Meldung der Wahrheit entsprachen und dass die Informationen in den Anwendungsbereich der Richtlinie fielen. Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst gemäß Art. 2 näher bestimmte Verstöße gegen das Unionsrecht, über die die Mitgliedstaaten hinausgehen können. Ferner muss die



Nach der Whistleblowing-Richtlinie werden erstmals klare Voraussetzungen statuiert, unter denen ein Hinweisgeber Rechtsverstöße in zulässiger Weise melden darf.

Meldung intern, extern gegenüber zuständigen Behörden oder – nach einer vorangegangenen internen und/oder externen fruchtlosen Meldung – öffentlich erfolgen.

Hier liegt der vermeintlich „große Wurf“ der Richtlinie: Während dem Vorschlag der EU-Kommission [COM (2018) 218 final] noch prinzipiell ein dreistufiges Meldesystem (erst intern, dann extern gegenüber Behörden, dann gegenüber der Öffentlichkeit) zugrunde lag (Art. 13 des Kommissionsentwurfs), nach dem der Hinweisgeber erst bei Fruchtlosigkeit seiner vorhergehenden Meldung eine neue Stufe der „Meldeleiter“ besteigen durfte, modifizierte das Europäische Parlament dies dahingehend, dass die externe Meldung an zuständige Behörden auch ohne eine vorherige interne Meldung erfolgen darf, ohne dem Anspruch auf Schutz abträglich zu sein (Art. 10 ►

der Richtlinie). Zu beachten ist, dass der Gang an die die Öffentlichkeit auch nach der Whistleblower-Richtlinie im Grundsatz Ultima Ratio bleibt (Art. 15 Abs. 1 lit. a).

Der Vorrang der internen Meldung findet sich in der Richtlinie nur noch in einer abgeschwächten Form: Die Mitgliedstaaten müssen sich dafür einsetzen, dass die Nutzung interner Kanäle der externen Meldung in den Fällen bevorzugt wird, in denen intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und der Hinweisgeber keine Repressalien befürchtet (Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie). Dieses „Einsetzen für eine Bevorzugung“ wird angesichts der klaren Regelung in Art. 10 der Richtlinie kaum bedeuten können, dass die Mitgliedstaaten in diesen Fällen beim Dreistufenmodell bleiben oder dieses einführen können.

### Bestand der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung fraglich

Die Gleichstufigkeit der Meldung an interne Stellen mit der externen Meldung an zuständige Behörden dürfte dazu führen, dass insoweit die ständige Rechtsprechung von BAG und EGMR zur Zulässigkeit von Kündigungen zur Disposition stehen dürfte. Danach folgt aus der Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, dass er Fehlverhalten prinzipiell zunächst intern melden muss und nur, wenn eine Abwägung der widerstreitenden Interessen zu seinen Gunsten ausfällt, sich an Behörden (oder die Öffentlichkeit) wenden darf (vgl. BAG NZA 2004, 427, 430; EGMR NJW 2011, 3501, 3503).

Während das BAG einem EU-Rechtsakt und der dazugehörigen Rechtsprechung des EuGH zweifellos unterworfen wäre, könnte sich im Verhältnis zum EGMR

insoweit ein Konflikt zwischen den europäischen Gerichtshöfen anbahnen.

### Praktische Auswirkungen nicht überbewerten

Wenngleich die Neukonzeption der Meldewege sowohl in der rechtspolitischen Diskussion als auch im Rahmen jüngster Veröffentlichungen viel Raum eingenommen hat, sollte man die zu erwartenden praktischen Auswirkungen nicht überbewerten.

Zum einen ist es zwar richtig, dass der „Gang zur Staatsanwaltschaft“ unter den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie keine Kündigung mehr tragen dürfte (vgl. Art. 19 lit. a der RL), wie das noch nach der aktuellen Rechtsprechung der Fall sein könnte (siehe dazu oben). Jedoch sind auch in der gegenwärtigen Rechtsprechung bereits zahlreiche Konstellationen anerkannt, in denen es keiner vorherigen internen Meldung bedarf. Auch der Kommissionsentwurf hätte in seinem Art. 13 viele solcher Ausnahmetatbestände vorgesehen.

Zum anderen dürfte auch nicht zu erwarten sein, dass der „Gang zur Staatsanwaltschaft“ nach Umsetzung der Richtlinie zum Regelfall wird. So bevorzugen die Hinweisgeber von selbst für gewöhnlich die interne Meldung (NJW-aktuell 20/2019, S. 21). Darüber hinaus hat der Hinweisgeber häufig von der internen Stelle, an die er meldet, auch keine Repressionen zu erwarten. Denn bereits die Praxis zeigt, dass arbeitsrechtliche Streitigkeiten kaum je deswegen geführt werden, weil der Arbeitgeber kein Interesse daran gehabt hätte, von dem gemeldeten Fehlverhalten (des Kollegen oder Vorgesetzten des Hinweisgebers) zu erfahren. Vielmehr geht es fast immer darum, dass „vorschnell“ Behörden oder die Öffentlichkeit informiert wurden.

### Vorteile von Ombudsmannsystemen

Die Einschaltung eines physisch und organisatorisch vom Arbeitgeber getrennten Rechtsanwalts zum Beispiel hat schon bisher den Vorteil, dass Whistleblower, die bezüglich der Vertraulichkeit und Wirksamkeit betriebsinterner Systeme skeptisch sind – wie außenstehende Dritte (etwa ein Mitbieter in einem durch Korruption beeinflussten Vergabeverfahren) oder „Vergeltungsmaßnahmen“ befürchtende Mitarbeiter –, sich eher an solche Stellen wenden. Durch die Whistleblower-Richtlinie wird dieser Vorteil nun verstärkt: Der Hinweisgeber hat, obwohl der Ombudsmann im Sinne von Art. 6 Nr. 4 und 5 der Richtlinie als „interne“ Stelle anzusehen wäre, dennoch einen außerhalb der Weisungs- und Abhängigkeitskette stehenden Ansprechpartner, ohne dass er gleich die Hemmschwelle hin zur Behördenmeldung überwinden muss. Daher würde unseres Erachtens die Etablierung eines Ombudsmanns eine naheliegende „Ermutigungsmaßnahme“ im Sinne des obengenannten Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie darstellen. ◀



**Dr. André Große Vorholt,**  
Rechtsanwalt, Partner, Luther  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München

[andre.groszevorholt@luther-lawfirm.com](mailto:andre.groszevorholt@luther-lawfirm.com)



**Dr. Andreas Dürr, M.Jur. (Oxford),**  
Rechtsanwalt, Associate, Luther  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München

[andreas.duerr@luther-lawfirm.com](mailto:andreas.duerr@luther-lawfirm.com)  
[www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)